**Princípio da Proporcionalidade**

1. A utilização dos princípios constitucionais enquanto parâmetros objectivos de controlo
2. O princípio do Estado social de Direito, a espinha dorsal do ordenamento jurídico-constitucional, é o fundamento de vários princípios constitucionais que se afiguram como *estruturantes* para República Portuguesa ([[1]](#footnote-2)). A consagração de um Estado social de Direito significa que «o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição, e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela, e com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça, a segurança», e ainda os bens de cariz económico, social e cultural ([[2]](#footnote-3)).

Estes *princípios estruturantes* «podem ser acolhidos expressa e especificadamente no texto da Constituição». De qualquer forma, ainda que não o sejam — «e, pelo menos, alguns dos seus subprincípios não encontram, entre nós, tradução constitucional expressa —, têm sempre de valer como juridicamente vinculativos, de tal forma decorrem impositivamente de uma concepção adequada e actual de Estado de Direito» ([[3]](#footnote-4)).

O conhecimento destes princípios é importantíssimo «para a resolução de praticamente todos os casos *difíceis* suscitáveis no relacionamento entre Estado e cidadãos». Efectivamente, «ou essas controvérsias são directa, imediata e exclusivamente solucionáveis com recurso à aplicação de regras jurídicas de acesso e interpretação pacíficas […] ou não será, em geral, possível dar-lhes uma solução adequada sem o recurso e aplicação decisivas de princípios jurídicos próprios de Estado de Direito como são os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica ou, ainda que num outro plano, os princípios da socialidade e democrático» ([[4]](#footnote-5)).

Como referimos acima, o parâmetro de controlo, para além dos princípios vertidos expressamente na Constituição, pode também ser constituído por princípios implícitos no texto fundamental, desde que inferíveis de princípios constitucionais expressamente consagrados.

Assim, são inúmeros os princípios a que o Tribunal Constitucional pode recorrer para efectuar o controlo da constitucionalidade dos actos normativos e também, de acordo com aquilo que vimos defendendo, das políticas públicas de direitos sociais, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da proibição do excesso, princípio da segurança jurídica, o princípio da proibição da insuficiência, entre outros.

Embora todos possuam uma enorme importância para o labor da justiça constitucional, iremos apenas tratar o *princípio da proibição do excesso,* ainda que frugalmente, em especial, a sua vertente da *proporcionalidade em sentido estrito*, e o *princípio da proibição da insuficiência,* pelo seu parco tratamento dogmático, e, no âmbito deste, o *princípio da razoabilidade*, que iremos utilizar, para além da *dignidade da pessoa humana*, enquanto sua principal muleta.

1. O manuseamento dos princípios
2. As margens de controlo do juiz constitucional relativamente aos direitos sociais difere imenso consoante vários aspectos, nomeadamente as distinções entre a dimensão positiva e negativa, a distinção entre direitos positivos e negativos, e as diferenças existentes entre os diferentes deveres correlacionais de direitos fundamentais.

Independentemente da margem de controlo que o Tribunal Constitucional possui em cada caso concreto para o controlo da constitucionalidade das políticas públicas de direitos sociais, ele necessita de recorrer aos parâmetros de controlo, nomeadamente aos *princípios constitucionais* para o fazer. Mais, como afirma Alexy, há mesmo uma «relação de implicação mútua» entre os direitos fundamentais como princípios e o princípio da proibição do excesso ([[5]](#footnote-6)) (mas também, no tocante aos direitos positivos, com o próprio princípio da proibição da insuficiência).

Assim, quando estão em causa violações *por acção* de direitos fundamentais, nomeadamente, quando está em causa a dimensão negativa dos direitos fundamentais e os deveres de abstenção, ou mesmo aqueles deveres negativos de defesa que podemos encontrar na dimensão positiva dos direitos fundamentais, o Tribunal recorre, muitas vezes, ao *princípio da proibição do excesso* — que se afigura como um *limite dos limites* dos direitos fundamentais ([[6]](#footnote-7)) — para aferir da constitucionalidade da restrição que os poderes públicos pretendem efectuar a um direito fundamental.

Já quando está em causa, genericamente, a dimensão positiva dos direitos sociais e os deveres constitucionais de protecção, garantia e promoção desses direitos a que os poderes públicos se encontram adstritos, consideramos que o princípio da proibição do excesso, a que alguns recorrem, não apresenta resultados aceitáveis para o controlo da constitucionalidade das omissões de actuação estatal e propomos, por isso, o recurso ao *princípio da proibição da insuficiência*.

Desta forma, enquanto o primeiro — a *Ubermassverbot* —funciona como requisito e princípio de controlo da “*adequação* da medida restritiva”, o segundo — a *Untermassverbot* — não desempenha aí qualquer papel constitucionalmente *ajustado*, interessando a montante, quando se pretende apurar a existência de uma restrição a um direito fundamental por *insuficiência de actuação* e de avaliar a respectiva justificação ([[7]](#footnote-8)).

1. Princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade
2. O *princípio da proibição do excesso* ou *da proporcionalidade* ([[8]](#footnote-9)) é talvez o princípio mais bem sucedido dogmaticamente, tal é a unanimidade em redor da sua utilização, ao ponto de ser apontado como a «chave e método da dogmática do Direito Constitucional» ([[9]](#footnote-10)), existindo hoje um «firme consenso» sobre o seu «indispensável papel na argumentação de direito constitucionais» ([[10]](#footnote-11)). Começou por, primitivamente, dizer «respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual» ([[11]](#footnote-12)), e tendo nascido, de acordo com alguns autores, no direito prussiano de polícia do final do século XVIII ([[12]](#footnote-13)). Posteriormente, após ter chegado ao Direito Administrativo no Século XIX, como um princípio geral do Direito de polícia, o princípio da proibição do excesso, ou da proporcionalidade em sentido amplo, é hoje não apenas um princípio geral de Direito, como um verdadeiro *princípio jurídico-constitucional* ([[13]](#footnote-14)), referência na jurisprudência dos nossos tribunais superiores ([[14]](#footnote-15)), e, enquanto principal método estruturante da ponderação, o mais importante instrumento jurisdicional, situando-se no «centro do trabalho dos tribunais» ([[15]](#footnote-16)).
3. Este princípio é uma «construção legal» e uma «ferramenta metodológica» de inegável importância ([[16]](#footnote-17)). A sua «abordagem estruturada» é a mais adequada, atribuindo ao princípio «um conteúdo concreto» e permitindo uma «protecção adequada aos direitos fundamentais restringidos» ([[17]](#footnote-18)) ([[18]](#footnote-19)), e, bem assim, um «efeito disciplinador e racionalizador sobre as decisões judiciais». A tripla classificação do princípio da proporcionalidade forjada nas últimas décadas pela doutrina e pela jurisprudência germânicas não foi, nem é, pacífica. A própria legitimidade do princípio mereceu reparos e ainda hoje é aceite por alguns sectores da doutrina com inúmeras cautelas ou reservas ([[19]](#footnote-20)) ([[20]](#footnote-21)). Não sendo este o lugar para discutir sobre as ainda várias controvérsias existentes sobre o princípio da proporcionalidade, podemos afirmar com a maior parte da doutrina, que este princípio subdivide-se em três sub-princípios, a saber:
4. **aptidão ou idoneidade** (*Geeignetheit*);
5. **necessidade ou indispensabilidade** (*Erforderlichkeit*); e
6. **proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismässigkeit*) ([[21]](#footnote-22)).

*Porém, recorrendo aqui ao princípio da proibição do excesso, enquanto princípio mais amplo que abrange o próprio princípio da proporcionalidade atrás descrito, podemos acrescentar um quarto subprincípio da*

1. **razoabilidade** ([[22]](#footnote-23)).

Não nos interessa reproduzir as diversas e longas referências doutrinárias ao princípio, mas deixem-se três precisões efectuadas pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 632/2008,de 23 de Dezembro,acerca dos três subprincípios da proporcionalidade ([[23]](#footnote-24)).

4.1. Em primeiro lugar, o referido aresto do Tribunal Constitucional, referindo-se ao conteúdo exacto a conferir ao *test* da *proporcionalidade* *em sentido* *estrito*, afirma que aquilo que, neste caso, se mede «é a relação *concretamente existente* entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar». De outra forma, como se escreveu no Acórdão n.º 187/2001, de 2 de Maio, «trata-se […] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “calibrada” — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitose das medidaspossíveis».

4.2. Em segundo lugar, o Tribunal afirma, *doutrinariamente*, a existência de uma «ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma *regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto*, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia». Está, assim, em causa a «abordagem estruturada» que acima mencionámos acima ([[24]](#footnote-25)) ([[25]](#footnote-26)).

4.3. **Adequação** - explica o Acórdão que «o *teste* da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípioda adequação». Neste subprincípio, «apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio *típico,* idóneo ou apto para a realização de um certo fim». Caso o juízo de *adequação* seja negativo, fica prejudicada «logicamente a necessidade de aplicação dos outros *testes».*

4.4. **Necessidade** - porém, se a análise entre a adequação do meio ao fim for positiva, «haverá em seguida que recorrer ao exame da *exigibilidade,* também conhecido por *necessidade de escolha do meio mais benigno».* Este *test* fica, digamos, a meio caminho entre o abstracto e o concreto, sustenta-se numa ideia de racionalidade e é a base de qualquer análise de proporcionalidade. É um «exame mais *fino*», através do «qual se avalia a existência — ou inexistência —, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, *in casu,* foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares» ([[26]](#footnote-27)) — está aqui em causa, portanto, uma ideia de *eficiência*. Se concluirmos que as medidas a adoptar, embora *adequadas*, não se revelem «*necessárias* ou *exigíveis*, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último *teste* de proporcionalidade». Concluímos, por nossa parte, que o mesmo acontece com a *proporcionalidade estrita* e a *razoabilidade*. Isto é, só chegaremos à análise do *test* de razoabilidade caso as medidas pretendidas se afigurem proporcionais ([[27]](#footnote-28)).

4.5. **Proporcionalidade em sentido estrito** - em terceiro e último lugar, e mesmo que os poderes públicos tenham optado pelo meio menos restritivo, há que analisar a proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal. Este é, muito provavelmente, o *test* mais delicado, mas também o mais importante, porque é no seu âmbito que se detectam as inconstitucionalidades mais dissimuladas. Requer-se aqui a existência de uma “relação de proporcionalidade” entre «os benefícios ganhos com o preenchimento do propósito e do dano causado ao direito fundamental para prosseguir aquele propósito». Ou seja, este subprincípio pressupõe uma ponderação entre os benefícios para o objectivo pretendido e o dano sobre o direito restringido pelo meio seleccionado pelo Estado.

1. O Tribunal menciona ainda «a particular *dimensão* que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua acepção ampla), quando aplicado às decisões do legislador». Partindo do pressuposto que este princípio «vale, em Estado de Direito, para as acções de todos os poderes públicos», ou seja, aplica-se «tanto aos actos da função administrativa quanto aos actos da função legislativa», não podendo o Estado, em nenhum dos casos, «empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não ‘proporcionais’ face aos fins que pretende prosseguir», bem como ao próprio poder judicial. Porém, não deixa de relembrar «que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela *liberdade* que tem para, *no quadro da Constituição,* eleger as finalidades que hão-de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em *liberdade de conformação do legislador*»*.* Assim, afirma, decorre daqui «que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos *testes* que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre — como se disse no Acórdão n.º 187/2001 — em *manifesto incumprimento,* por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da *proibição do excesso*»*.*

Quanto a este aspecto, não discordamos da alguma diferença existente entre a *discricionariedade administrativa* e a *margem de livre conformação*. Porém, há que precisar, por um lado, que tal diferença é mínima e depende da norma constitucional em causa. É que se esta for precisa, não vislumbramos quaisquer diferenças para com a discricionariedade. Por exemplo, se a norma constitucional afirma que “*o direito à protecção da saúde é realizado* […] *através de um serviço nacional de saúde”,* não há aqui nenhuma margem de escolha relativamente ao fim da actividade estatal. Já quando as imposições são mais amplas, abstractas, aí sim abertas à *conformação*, vislumbram-se algumas diferenças. Trata-se de uma espécie de *dupla discricionariedade,* em que os poderes públicos têm discricionariedade quanto ao *como* da concretização, mas, perante a situação de escassez moderada de recursos em que vivemos, têm também discricionariedade quanto ao *quando* do cumprimento da imposição constitucional.

*Jorge Silva Sampaio*

1. Cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios…*, cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-2)
2. Aproveitamos a definição de Estado de Direito de Maria Lúcia Amaral, acrescentando os direitos de cariz social. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios…***,** cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-4)
4. Cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios…*, cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-5)
5. Cfr. Robert Alexy. [↑](#footnote-ref-6)
6. Ainda que se admita que os direitos fundamentais sejam restringidos pelos poderes públicos, o conceito de «limites dos limites» (ou “limites das restrições”) tem um papel essencial no âmbito do Estado de Direito (cfr. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink). Como refere Alexy, se a natureza principial dos direitos fundamentais implica, desde logo, a possibilidade de os restringir, em virtude de princípios contrários, também tal possibilidade de limitabilidade é, ela própria, restringida (cfr. Robert Alexy). E trata-se de um conceito decorrente do Estado de Direito Democrático que «é a base legal para a limitação do poder legislativo em relação à limitação de direitos [fundamentais]» (cfr. Aharon Barak). [↑](#footnote-ref-7)
7. Cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições…*, cit., p. 78. [↑](#footnote-ref-8)
8. Seguindo Peter Lerche, utilizamos, de forma preferente, o termo *proibição da proibição do excesso* pela sua abrangência, que abrangeria diversos elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade. Se se quiser podemos afirmar que este princípio mais largo abrange os três subvectores da proporcionalidade e ainda um quarto subprincípio da razoabilidade. Haveria, assim, diferenças entre a proibição do excesso e a proporcionalidade em sentido lato, porque o primeiro princípio seria mais amplo e abrangeria o segundo. [↑](#footnote-ref-9)
9. Cfr. Fritz Ossenbühl. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. Matthias Klatt/ Moritz Meister [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. Gomes Canotilho [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. Vitalino Canas. [↑](#footnote-ref-13)
13. Por exemplo, cfr. os artigos 18.º, n.º 2; 19.º, n.º 4 e 8; 28.º, n.º 2; 30.º, n.º 5; 65.º, n.º 4, 168.º, n.º 2 e 3; 189.º, n.º 5; 266.º, n.º 2; 267.º, n.º 3; 270.º ; 272.º ; 272.º, n.º 2 ; e 282.º, n.º 4, todos da CRP. [↑](#footnote-ref-14)
14. Entre muitos outros, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 634/93; n.º 187/2001; ou, mais recentemente, n.º 632/2008. [↑](#footnote-ref-15)
15. Em sentido próximo, cfr. Matthias Klatt/ Moritz Meister [↑](#footnote-ref-16)
16. Note-se que o princípio da proibição do excesso «serve diferentes e variadas funções. O seu sentido pode variar consoante os diferentes papéis que se propõe a cumprir». Assim, este conceito varia consoante a área do Direito em que é utilizado (Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Internacional), e, para além disso, tem vindo a evoluir ao longo dos anos (cfr. Aharon Barak, *Proportionality…*, cit., p. 146). [↑](#footnote-ref-17)
17. Cfr. Aharon Barak, *Proportionality…*, cit., pp. 131 e 132. [↑](#footnote-ref-18)
18. Alguns autores têm, porém, vindo a palco defender que a proporcionalidade tem permitido um verdadeiro «assalto aos direitos fundamentais» (Stavros Tsakyrakis). [↑](#footnote-ref-19)
19. Cfr. Vitalino Canas, “O princípio…”*,* cit., p. 333. [↑](#footnote-ref-20)
20. Por exemplo, autores como Böckenförde, Papier, Hoffmann-Riem ou ainda Maribel González Pascual, considerando que a força expansiva dos direitos fundamentais terá ido longe de mais, defendem que se devia apostar num outro modelo interpretativo em que o princípio da proporcionalidade e, consequentemente, o próprio Tribunal Constitucional perdessem algum peso. [↑](#footnote-ref-21)
21. Por exemplo, Schlink, considera que o *test* da proporcionalidade em sentido estrito é carecido de racionalidade, pois aferir se o sacrifício do direito é maior ou menor em relação a um bem jurídico não passaria de um mero «decisionismo». Assim, este passo deveria ser amputado ao princípio da proporcionalidade, porque se trata de política, razão pela qual as ponderações a ser feitas neste âmbito deveriam ficar nas mãos da “sociedade”. [↑](#footnote-ref-22)
22. Neste sentido, cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições…*, cit.,pp. 765 e segs. [↑](#footnote-ref-23)
23. Contudo, criticando exactamente este controlo da proporcionalidade *teste a teste*, cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais…*, cit.,pp. 129 e segs. De acordo com o referido Autor, este tipo de controlo apenas detectaria as medidas evidentemente desproporcionadas — o que pode, desde logo, ser justificado à luz da articulação entre o poder judicial e os poderes com legitimidade democrática, como o legislativo —, pelo que nos deveríamos orientar «alternativamente para uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos e é precisamente no contexto de um controlo operado segundo esta perspectiva que a metodologia da ponderação desenvolve as suas potencialidades enquanto metodologia constitucionalmente adequada» (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais…*, cit.,p. 130). [↑](#footnote-ref-24)
24. E esta abordagem implica (ou, pelo menos, devia implicar), para além do aumento da transparência no respeitante ao controlo, a possibilidade de um «diálogo entre o legislador e o poder judicial». Ou seja, «a decisão jurisdicional de inconstitucionalidade não é o fim da estrada». Isto é, «o diálogo entre os dois poderes — que começa com a legislação e continua com a determinação da inconstitucionalidade da legislação — continua». Nessa altura, o assunto volta ao legislador. É importante a «transparência da decisão judicial» para permitir «ao legislador entender aquilo que deve fazer para continuar a preencher os propósitos da lei» e ultrapassar a violação da constituição (cfr. Aharon Barak). [↑](#footnote-ref-25)
25. Esta estruturação não implica uma segmentarização absoluta entre estes subprincípios. Rei Novais, por exemplo, bem explica que, «na prática, a verificação de proporcionalidade raramente se centra exclusivamente no meio e no fim concretos, surgindo, antes, combinada com o controlo de indispensabilidade no quadro de uma ponderação mais global de vantagens e desvantagens» (cfr. Reis Novais, *As restrições…*, cit., p. 761). [↑](#footnote-ref-26)
26. Este *test* «baseia-se na premissa de que o uso do meio legal — ou a necessidade de usar tal meio — é apenas requerida se o propósito não puder ser alcançado através de outro (hipotético) meio legislativo, que possa igualmente satisfazer o test da adequação e o nível da restrição do direito em questão seja inferior». Não implica, contudo, a necessidade de uma «restrição mínima», mas apenas a existência de outros meios de restrição que sejam menos restritivos. É, assim, possível identificar dois pressupostos no âmbito do subprincípio da necessidade: *(i)* a existência de meios alternativos; e *(ii)* que os meios alternativos sejam menos restritivos (Aharon Barak, Bernal Pulido). [↑](#footnote-ref-27)
27. O princípio da necessidade, considerado por muitos como o «coração da proporcionalidade», afigura-se extremamente importante ao «aferir, enquanto examina a prognose e o background factual da lei, se o propósito da lei foi conseguido através do meio menos restritivo para o direito fundamental em causa». Por sua vez, também examina de forma incidental «se o que foi apresentado como o propósito da lei é o seu verdadeiro propósito». Se este exame tem um aspecto valorativo, não se trata, ainda assim, de uma ponderação (Bernhard Schlink; Julian Rivers). Deste modo, por exemplo, «quando a examinação revela que o meio menos restritivo pode restringir outo direito da pessoa em questão, ou os direitos de outras pessoas, ou o interesse público, então a necessidade não ajuda a resolver o dilema perante o tribunal»; o mesmo se diga daqueles casos em que «existe um meio alternativo menos restritivo, mas o avanço do propósito da lei é menor do que o da lei limitadora (Aharon Barak). [↑](#footnote-ref-28)